

ANUARIO

Nº35 · 2019

**Notas sobre el
escepticismo guastiniano**

Páginas 33-65

NOTAS SOBRE EL ESCEPTICISMO GUASTINIANO

Carla Iuspa Santelices

Estudiante de quinto año de Derecho, Universidad Austral de Chile. Ayudante de las asignaturas de Sistema Jurídico, Razonamiento Jurídico y Proceso Civil Ordinario. Valdivia, Chile. carliuspa@gmail.com.¹

RESUMEN

En el presente trabajo realizo algunos comentarios al Capítulo II del Libro “Argumentación e Interpretación Jurídica. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo” de Isabel Lifante. Mi comentario tendrá un doble objeto: (1) pronunciarme sobre la utilidad y potencial explicativo del arsenal conceptual sobre la interpretación jurídica de Guastini; y (2) sostener que el objeto de la teoría guastiniana de la interpretación excede el análisis de los enunciados interpretativos. Con ello, pretendo entregar razones sobre (1) la conveniencia de la tesis segregacionista para transparentar el debate; y (2) la importancia de las distinciones que sustentan el carácter moderado del escepticismo de Guastini.

PALABRAS CLAVES

interpretación, escepticismo, segregacionismo, enunciado interpretativo, justificación de las decisiones

NOTES ON GUASTINI'S SKEPTICISM

ABSTRACT

In this paper I make some comments on Chapter II of the Book “Argumentation and Legal Interpretation. Skepticism, intentionalism and constructivism” by Isabel Lifante. My comment will have a double purpose: (1) to pronounce on the usefulness and explanatory potential of the conceptual arsenal on Guastini's legal interpretation; and (2) argue that the object of Guastinian theory of interpretation exceeds the analysis of interpretive statements. With this, I intend to give reasons on (1) the convenience of the segregationist thesis to make the debate transparent; and (2) the importance of the distinctions that support the moderate character of Guastini's skepticism.

KEYWORDS

interpretation, skepticism, segregationism, interpretative statement, justification of decisions.

¹ Agradezco a Álvaro Núñez Vaquero, Víctor García Yzaguirre y Hugo Osorio Morales por sus aportes bibliográficos y comentarios a este trabajo, los que me han servido mucho para ordenar, aclarar y concluir mis ideas.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo está destinado a realizar algunos comentarios críticos al capítulo II del libro *Argumentación e interpretación jurídica. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo* de la profesora Isabel Lifante Vidal, titulado «El Escepticismo Interpretativo». Este capítulo tiene como objetivo analizar la concepción escéptica de la interpretación jurídica que la autora reconstruye como aquella que «niega la posibilidad de aplicar estándares de racionalidad para evaluar la corrección de las interpretaciones» (2018: 13).

Para cumplir su cometido, Lifante Vidal recurre al trabajo de dos autores: Hans Kelsen y Riccardo Guastini, analizando críticamente varios de los presupuestos explícitos e implícitos de sus teorías sobre la interpretación jurídica. Sin perjuicio de ello, en el presente comentario me centraré en lo relativo a la obra de Riccardo Guastini por dos razones principales. En primer lugar, debido a que Lifante Vidal aclara que Kelsen habría dedicado relativamente poca atención al tema de la interpretación jurídica (2018: 71).² En segundo lugar, debido a que muchas de las críticas que realiza a la teoría de Kelsen se profundizan luego, a propósito de la teoría de la interpretación jurídica de Riccardo Guastini, la que Lifante Vidal considera un «profundo desarrollo analítico de los presupuestos kelsenianos» (2018: 114).

Por mi parte, propongo comenzar el este comentario presentando las dos tesis que Lifante Vidal considera como principales de la teoría guastiniana de la interpretación jurídica: el «segregacionismo discursivo» y el «escepticismo moderado». A partir de tales tesis, la autora articula una serie de críticas tanto a las ambigüedades del concepto de «interpretación» de Riccardo Guastini, como al objeto de su teoría de la interpretación. En concreto y de manera transversal, Lifante Vidal sostiene que las tesis y presupuestos guastinianos son incapaces de reconstruir de manera adecuada en qué consiste la interpretación jurídica, dando una imagen —al menos— distorsionada o parcial de la misma (2018: 114).

En concreto, el análisis que pretendo desarrollar tiene como objetivo cuestionar algunos puntos relativos a la pertinencia y conveniencia de dos

² Pese a ello, Lifante Vidal recurre a la teoría kelseniana porque considera que sus aportaciones en la materia «constituyen un importante *background* para algunas de las concepciones interpretativas más extendidas en nuestros días» (2018: 71).

críticas que la autora dirige a la teoría guastiniana de la interpretación jurídica. Por un lado, que su concepto de «interpretación jurídica» (manifestado en la presentación y análisis de las «ambigüedades» presentadas por Guastini) es sobre e infraincluyente. Por otro lado, que su teoría de la interpretación en el ámbito del derecho no es capaz de dar cuenta del proceso interpretativo, sino que sería una teoría acerca de los enunciados resultantes de este.

Para cumplir mi cometido, en un primer momento, pretendo presentar aquellas tesis que la profesora Lifante Vidal considera como las principales contenidas en la teoría guastiniana de la interpretación jurídica, así como los comentarios críticos que dirige a ambas tesis. En un segundo momento, indagaré en dos ideas vinculadas a tales tesis: (1) el carácter sobre e infraincluyente del concepto guastiniano de «interpretación jurídica»; y (2) la pregunta acerca de cuál es el objeto de la teoría guastiniana de la interpretación jurídica (proceso y/o producto de la interpretación). En un tercer momento, bajo el acápite de «comentarios», me propongo analizar críticamente algunos puntos que considero fundamentales en relación con tales objeciones, sin pretender abarcar la extensión completa del capítulo II.

II. LA PROPUESTA GUASTINIANA

Lifante Vidal sintetiza la postura de Guastini en materia de interpretación jurídica en dos tesis principales: en primer lugar, en una tesis metodológica a la que se refiere con el rótulo de «segregacionismo discursivo». Esta consistiría en sostener la posibilidad y conveniencia de segregar o fragmentar la experiencia jurídica en un discurso descriptivo y en uno prescriptivo, entre los que habría una distinción nítida y tajante (2018: 92). En segundo lugar, la autora reconoce una tesis sustantiva, a la que se refiere como «escepticismo moderado». Esta tesis se compone, a su vez, de dos subtesis: la idea de la omnipresencia de la indeterminación en el derecho, junto a la inexistencia de valor de corrección en el ámbito de la interpretación (tesis escéptica); y la existencia de significados previos a la interpretación, los que limitan la actividad interpretativa (tesis moderada) (2018: 93).

Lifante Vidal discrepa con ambas tesis, aunque por razones diversas. Respecto del segregacionismo discursivo, sostiene que resulta ser un presupuesto metodológico inadecuado para dar cuenta de en qué consiste la interpretación jurídica (2018: 92). En este sentido, la crítica de Lifante Vidal se refiere no tanto a la posibilidad de segregar los discursos descriptivo y prescriptivo, sino más bien a la poca *conveniencia* de realizarlo en el ámbito específico de la teoría de la interpretación jurídica. En consecuencia, parece ser que su crítica es más bien valorativa y pretende responder a la pregunta sobre *cómo debe ser* una teoría de la interpretación jurídica.

Respecto del escepticismo moderado, Lifante Vidal afirma el carácter inconsistente de los argumentos con los que Guastini basa, por un lado, su escepticismo y, por el otro, su carácter moderado. Al respecto, sostiene que, si no se abandonan los presupuestos que fundamentan el escepticismo, este termina por ser radical (negando la existencia de significados previos); mientras que, si se quiere mantener su carácter moderado, será necesario abandonar la tesis de la omnipresencia de la indeterminación junto a la inexistencia de criterios de corrección (2018: 93). Su crítica, en este punto, parece centrarse en la *inviabilidad* de una teoría escéptica moderada de la interpretación jurídica.

Las críticas generales sobre la conveniencia y la viabilidad de las tesis anteriores se manifiestan en comentarios específicos que la autora realiza, durante todo el capítulo II, a las ideas de Riccardo Guastini. En lo sucesivo, me concentraré en el análisis de dos de las consecuencias perniciosas que Lifante Vidal imputa a la conjunción de las tesis anteriores, para luego realizar algunas notas sobre su conveniencia y viabilidad en términos generales.

1. El concepto guastiniano de «interpretación jurídica» es, en algunas ocasiones, sobreincluyente y, en otras, infraincluyente.
2. La teoría de la interpretación jurídica guastiniana no tiene como objeto la *actividad* interpretativa, sino el *producto* de dicha actividad.

III. EL CARÁCTER SOBRE E INFRAINCLUYENTE DEL CONCEPTO GUASTINIANO DE «INTERPRETACIÓN JURÍDICA»

Antes de dedicarse al análisis de las ambigüedades del concepto de interpretación jurídica, Lifante Vidal sostiene que sus discrepancias con Riccardo Guastini no radican en su instrumental conceptual —al que reconoce una utilidad «difícilmente exagerable»—, sino en el uso que le da a este para separar algunas cuestiones y ocuparse solo de algunas ellas, presuponiendo que se deben tratar adecuadamente de forma aislada (2018: 94).

Para Lifante Vidal, pese a que el aparatage conceptual del autor pretende abarcar todo el ámbito de la interpretación jurídica, este se basa en una serie de decisiones estipulativas que, por un lado, dejan fuera del ámbito de la interpretación jurídica muchas actividades a las que los propios juristas se refieren con ese nombre (por ejemplo, la interpretación de la costumbre o la construcción jurídica) pero, por otro lado, incluyen bajo el mismo rótulo actividades de simple comprensión de un texto en ausencia de duda o controversia (por ejemplo, atribuciones irreflexivas de significado) (2018: 115-116). Para aclarar este punto, la autora se sirve de la noción de «paralogismo», específicamente en la idea de «falsas oposiciones» de Vaz Ferreira (2018: 94).³

Al respecto, resulta ilustrativo analizar algunas de las críticas que la autora dirige a las ambigüedades del término interpretación que presenta Guastini. Ahora bien, antes de continuar, me gustaría hacer una aclaración. Si bien las «ambigüedades» del concepto de interpretación jurídica parecen no formar parte explícita de un concepto de interpretación jurídica en Guastini, estimo que su análisis es útil para delimitar los márgenes conceptuales de la teoría del autor sobre la interpretación en el ámbito del derecho (cuáles son los procesos o productos a los que el autor estaría o no dispuesto a caracterizar como interpretación jurídica). En este sentido, aunque pueda parecer un poco extraño, lo que me propongo en este trabajo es precisamente mostrar que (1) la presentación de tales nociones como ambigüedades (y no como

³ Cita textualmente la definición de paralogismo: «falacias que consisten en errores involuntarios, cometidos o inducidos por confusiones inadvertidas» (2018: 94).

tipologías) es útil para describir el fenómeno que se trata; y (2) que tras ellas subyace una noción de interpretación jurídica que no me parece ni sobre ni infraincluyente (al menos en los términos que propone Isabel Lifante Vidal).

1. Interpretación en abstracto (o dirigida a textos) e interpretación en concreto (o dirigida a hechos)

Tras presentar la ambigüedad en las palabras propias del autor, Lifante Vidal critica, en primer lugar, que en ocasiones Guastini parece ontologizar esta distinción, dando a entender que hay casos que «son» problemas de interpretación de abstracto y otros de interpretación en concreto (y no solo que se «presentan como») (2018: 98). Continúa señalando que la presentación de estos conceptos como dos *tipos* de interpretación puede generar un paralogismo, sugiriendo una falsa oposición entre ambas actividades, cuando en realidad tienen un núcleo de actividad común (la interpretación en abstracto es presupuesta por la interpretación en concreto) (2018: 90-100).

En segundo lugar, critica que Guastini no se haga cargo de la idea de subsunción genérica (2018: 100). Sin perjuicio de ello, Lifante Vidal aclara que, aun cuando nos estemos refiriendo a la subsunción individual, el modo de resolver este tipo de indeterminación consiste siempre en «construir» un caso genérico con las propiedades que se consideran relevantes del caso individual. Esto implicaría, a juicio de Lifante Vidal, que lo que está haciendo el jurista al subsumir individualmente un caso es interpretar la regla en una de sus opciones y no solo calificar un caso concreto, lo que requiere siempre entregar razones que resulten universalizables. Concluye, entonces, que lo que Guastini denomina interpretación en concreto puede ser o bien una actividad interpretativa en sentido estricto (esto es, interpretación en abstracto); o bien un proceso de subsunción genérica cuando se trate de propiedades graduables o valorativas (2018: 100-101).

En tercer y último lugar, Lifante Vidal sostiene que, en la distinción guastiniana, la actividad interpretativa se realiza siempre a partir de una determinada disposición cuyo significado plantea dudas, de manera que ambos tipos de interpretación están en realidad dirigidos a los textos y no a los hechos (como se pretende de la interpretación en concreto) (2018: 101-102). Esto se vincularía con el hecho de que Guastini deje fuera del significado central

del término interpretación lo que Tarello denomina *interpretatio iuris*, esto es, encontrar en el derecho como un todo, la regulación jurídica aplicable. Para Guastini, aclara Lifante Vidal, esto ya no sería interpretación propiamente tal, sino «construcción jurídica» (2018: 102).

2. Interpretación cognitiva, interpretación decisoria e interpretación creativa

En cuanto a la ambigüedad entre interpretación cognitiva, decisoria y creativa, la autora sostiene varias críticas. A modo general, Lifante Vidal señala que, pese a que la distinción parece radicar en el *tipo* de actividad que se lleva a cabo, en realidad lo que hace Guastini es eludir el abordaje de la cuestión sobre *en qué consiste la actividad interpretativa* (2018: 102).

En cuanto a la interpretación cognitiva, la autora sostiene que, dado que se trata de una actividad meramente descriptiva de las distintas interpretaciones realizadas por otros, nadie diría que es una actividad propiamente interpretativa. En tal sentido, para Lifante Vidal parece obvio que la teoría de la interpretación debe ocuparse de los enunciados interpretativos cuando sean adscriptivos y no cuando estén describiendo lo que otros constataron (2018: 105).

En cuanto al mismo concepto de interpretación cognitiva, Lifante Vidal llama la atención sobre el hecho de que la interpretación cognitiva no solo se refiere a los significados *atribuidos* por los intérpretes, sino también a los *atribuibles*, de modo que pareciera envolver dos actividades de alcance muy diverso. Por un lado, una actividad propiamente cognitiva o teórica (señalar los significados atribuidos) y, por el otro, una que estaría más próxima a una actividad interpretativa propiamente tal (señalar los significados atribuibles), por cuanto exigiría la aplicación de métodos interpretativos o pautas que dan lugar a tales distintos significados (2018: 106-107).

A raíz de lo anterior, Lifante Vidal sostiene que la distinción entre interpretación en sentido estricto (decisoria y cognitiva) y actividad creativa se desvanece. El argumento de Lifante Vidal es el siguiente: si lo que determina que una interpretación sea «en sentido estricto» es que el significado escogido por el intérprete se encuentre entre aquellos identificados previamente atribuibles a

una disposición; si tal identificación —en la teoría guastiniana— depende, en último término, del hecho que los juristas hayan decidido darle ese significado a la disposición; y si esa decisión es, en muchas ocasiones, arbitraria (por provenir de las construcciones dogmáticas o los sentimientos de justicia de los juristas); entonces, en última instancia, sería la interpretación decisoria aquella que determinaría el abanico de significados que se deben entender como atribuibles mediante interpretación cognitiva (2018: 109). En resumidas cuentas, si no podemos identificar *ex ante* cuáles son los significados que pueden ser atribuidos a una disposición, no hay manera de distinguir entre interpretación en sentido estricto y pura creación (2018: 109).

Lo relevante de estas críticas es que, a juicio de Lifante Vidal, llevan al desvanecimiento del carácter moderado del escepticismo de Guastini, ya que su tesis terminaría por sostener que todo cabe en materia de interpretación (2018: 109-110). Sobre este punto volveré en los comentarios.

3. Interpretación propiamente tal y construcción jurídica

En esta oportunidad, Lifante Vidal se hace cargo de la distinción guastiniana entre interpretación propiamente tal y construcción jurídica. Al respecto, la autora mantiene la idea de que, en ocasiones, esta distinción corre el riesgo de enfrentarnos ante actividades no solo distintas, sino presentadas como incompatibles entre sí: si algo es construcción, entonces pareciera que Guastini sostiene que ya no puede ser considerado interpretación. Acá, Lifante Vidal vuelve a la idea de paralogismo por falsa oposición, debido a que en muchas ocasiones la actividad interpretativa requiere realizar actividades que se consideran de construcción jurídica, las que estarían excluidas del objeto de estudio de la teoría guastiniana (2018: 112).

Por otro lado, Lifante Vidal rastrea la existencia de otro paralogismo por falsa oposición en relación con las ideas de racionalidad deductiva (que Guastini asociaría con la interpretación propiamente tal) y de arbitrariedad (que Guastini relacionaría con la construcción jurídica). Según la autora, la teoría guastiniana no daría espacio para la racionalidad entre ambos extremos, de manera que aquello que no pueda considerarse lógica deductiva, no tendría más remedio que considerarse arbitrariedad. La solución sería,

en este caso, entender que la naturaleza de la actividad interpretativa es fundamentalmente constructiva y no meramente cognitiva ni volitiva (2018: 113-114).

4. Comentarios

En esta sección, la crítica de Lifante Vidal está destinada a dos objetivos principales. En primer lugar, a dar cuenta del supuesto riesgo de que las ambigüedades guastinianas deriven en paralogismos por falsa oposición. En segundo lugar, a sostener el carácter sobre e infraincluyente —según sea el caso— del concepto de interpretación jurídica de Riccardo Guastini.

En lo sucesivo, pretendo mostrar por qué es complejo reconstruir las distinciones guastinianas como paralogismos de este tipo y por qué, aun si aceptamos que algunas corren este riesgo, la noción de interpretación jurídica que subyace a ellas resulta útil para describir la práctica interpretativa en el derecho. En relación con ello, me propongo afirmar que estas nociones no derivan en un concepto ni infra ni sobreincluyente de interpretación jurídica (pese a resulten, desde alguna perspectiva, mejorables).

4.1. Paralogismos por falsa oposición

En cuanto a la noción de paralogismo por falsa oposición, esta consiste en tomar por contradictorio lo que no es tal, creando falsos dilemas (Vega, 2008: 631). Según Vaz Ferreira, tendría tres variedades principales: (1) la más genérica, consistente en tomar por opuestos contradictorios dos extremos que son más bien contrarios o simplemente dispares; (2) juzgar excluyentes entre sí unos casos complementarios; y (3) tratar como incompatibles los factores o elementos concurrentes en un caso complejo (Vega, 2008: 631). En el presente trabajo, Lifante Vidal parece hacer referencia a las dos primeras modalidades mostradas por Vaz Ferreira. Ahora bien, sea cual sea el caso, estimo que la argumentación que prosigue sirve para sostener que las ambigüedades guastinianas no corren riesgo de generar paralogismos de ninguno de los dos tipos o que, en el caso de correrlo, siguen siendo más útiles que destructivas.

Para comenzar, cabe tener en cuenta que Guastini presenta estas distinciones explícitamente como ambigüedades⁴ en la forma en la que los *juristas continentales* se refieren al término interpretación jurídica, siempre bajo el concepto genérico de «atribuir significado a textos normativos» (Guastini, 2014: 31). Estimo que el hecho que Riccardo Guastini presente tales distinciones como ambigüedades es un buen punto de partida para ilustrar que no pretende presentarlas como compartimientos estancos ni como conceptos contradictorios y/o excluyentes.

Además de ambigua, estimo que la noción de interpretación jurídica (entendida como la atribución de significados a un texto normativo) puede, también, resultar vaga. En tal sentido, creo que es aplicable la idea según la cual existirán casos que claramente entrarían en el concepto de interpretación jurídica; casos que claramente estarían excluidos de tal concepto; y, finalmente, casos dudosos respecto de los cuales algunos abogarán por su inclusión y otros por su exclusión. Para ello, no obstante, deberán entregar buenas razones teóricas.

Ahora bien, recordemos que para Lifante Vidal, en ocasiones Guastini parece ontologizar estas distinciones, dando ejemplos que parecen pertenecer a un «tipo» determinado de interpretación, lo que derivaría en el riesgo de tener por contradictorias o excluyentes algunas operaciones que están estrechamente relacionadas. En consecuencia, la pregunta que debemos hacernos en cada uno de los casos es si existen razones para tratar ambas actividades y/o resultados de la interpretación jurídica bajo rótulos separados en la forma particular que lo hace Riccardo Guastini. Veámoslas por separado.

4.1.1. Interpretación en abstracto e interpretación en concreto

En cuanto a la ambigüedad entre interpretación en abstracto e interpretación en concreto, estimo que Guastini es bastante claro al afirmar que, si bien estas actividades resultan probablemente indistinguibles en el proceso psicológico de interpretación, son lógicamente distintas. Además, Guastini

4 En este punto no ahondaré en lo que significa ambigüedad. En lo sucesivo, entenderé que un término es ambiguo cuando es posible atribuirle dos o más sentidos porque hay dos o más reglas lingüísticas distintas que, aplicadas a tal término, permiten justificar resultados disímiles.

aclara que estas actividades se presuponen lógicamente una a la otra (específicamente, la interpretación en concreto presupone la interpretación en abstracto) (2014: 33 y ss.).

Acá Lifante Vidal nos entrega dos razones por las que estos dos tipos de interpretación terminarían reduciéndose uno al otro en la conceptualización guastiniana. En primer lugar, sostiene que la interpretación en concreto siempre va a consistir en interpretar la regla en una de sus opciones y no solo en calificar un caso concreto. Además, agrega que, aun en los casos en los que necesariamente se debe atender a las particularidades del caso concreto (propiedades graduables o valorativas), la justificación de la interpretación en concreto que deberá hacer el intérprete va a requerir que se entreguen razones universalizables y no simplemente individuales (subsunción genérica).

Estimo que esta no resulta una buena razón para sostener que la interpretación en concreto termina reduciéndose a interpretación en abstracto o a subsunción genérica. En efecto, que las razones que el intérprete deba entregar para justificar su decisión resulten (o deban resultar) universalizables en mayor o menor medida, no se sigue que ambas operaciones no sean lógicamente distinguibles y que merezcan ser tratadas bajo rótulos separados.

Primero porque, si bien calificar un caso requiere la identificación previa de una norma y, por ende, la interpretación en abstracto de un texto normativo, la interpretación en concreto constituye un paso posterior y diverso al proceso de la atribución de significado a la norma. De hecho, el objeto de ambas operaciones (enunciados normativos completos - predicados en sentido lógico), su resultado (enunciados interpretativos propiamente tales - enunciados subsuntivos) y, por ello, las razones que se esgrimirán para interpretar una disposición en un determinado sentido diferirán de aquellas vinculadas a decidir si un caso concreto puede subsumirse en el campo de aplicación de una norma.

Creo que parece útil distinguir el proceso y resultado interpretativo de la expresión «prohibido ingresar vehículos al parque», del proceso y resultado por el cual determinamos que «el triciclo averiado de Ana no es considerado un vehículo». Por un lado, el proceso de interpretación en abstracto estará dirigido a describir o decidir cuáles son los conjuntos de propiedades a los que se aplica una determinada norma (por ejemplo, a los casos abstractos A, B o C). Por otro lado, el proceso de interpretación en concreto estará dirigido a determinar si un caso concreto *c* se encuentra entre los conjuntos genéricos de propiedades A, B o C; es subsumible al caso genérico D, que el intérprete considera regulado implícitamente por la norma (infraincluyente de acuerdo con su justificación subyacente) (Schauer, 1995: 89 y ss.⁵); o, resultando subsumible en alguno de los casos genéricos explícitamente regulados por la norma (A, B o C), el intérprete considera que no debió haber sido regulado explícitamente por esta (sobreincluyente de acuerdo con su justificación subyacente).⁶

Segundo, porque, aunque las razones que tengamos para interpretar en concreto un concepto valorativo o graduable puedan resultar, en principio, universalizables, normalmente no resultan directamente aplicables a nuevos casos individuales. En otras palabras, cuando el intérprete decide que un sujeto con poco cabello constituye una instancia particular del predicado «calvo», entregará razones que serán difíciles de universalizar directamente a otro caso de un sujeto que, aunque también tenga poco cabello, sea un poco más o un poco menos calvo que el primer personaje. Siempre tendremos que volver a hacernos la pregunta: ¿Qué tan calvo debe ser un sujeto para ser considerado calvo a la luz de esta norma? Esto fragmenta la idea de que este tipo de casos de subsunción individual puedan reducirse a casos de subsunción genérica. Estimo que lo mismo ocurre con los conceptos valorativos.

Lifante Vidal entrega un segundo argumento para sostener que ambos tipos de interpretación se reducen uno a otro. Sostiene que, en última instancia, tanto interpretación en concreto como en abstracto se encuentran

5 Este último caso constituirá una interpretación creadora respecto de la interpretación cognitiva realizada previamente. Asimismo, este proceso podría ser reconstruido a través de un argumento analógico o una interpretación extensiva de la norma en cuestión.

6 Este proceso de interpretación en concreto creativa derivará muchas veces en la creación (o identificación) de una laguna axiológica.

orientadas a los textos (y no a los hechos, como Guastini pretende de la interpretación en concreto), pero considero que esto es tanto como decir que ambas se encuentran orientadas a los hechos: después de todo, la relación entre hecho y norma jurídica aplicable es bidireccional. Es cierto que son las normas (y en este sentido, los «textos») las que determinan cuáles son los casos jurídicamente relevantes. Sin embargo, hay que tener en cuenta que los hechos probados también juegan un importante papel en este sentido: son los que establecen cuáles normas resultan aplicables a un caso determinado (el «sistema jurídico del caso»). En consecuencia, en el contexto de una decisión judicial, la interpretación en abstracto también dependerá, en última instancia, de los hechos involucrados en el caso, por cuanto son los que le permiten a las partes y al juzgador seleccionar el sistema aplicable al mismo.

Siguiendo esta línea, estimo que la orientación a los textos y la orientación a los hechos de la distinción guastiniana se centra en una cuestión diferente; específicamente, en si para la interpretación de una disposición requerimos tener en cuenta las particularidades de un caso concreto (interpretación en concreto) o si solo requerimos concentrarnos en determinar su sentido y alcance de manera independiente de los casos concretos que pueden presentarse en el mundo (interpretación en abstracto). En este sentido, lo relevante no es si existe una disposición respecto de la cual nos planteamos la pregunta sobre cuál es su sentido y alcance, sino si, además, debemos atender a un caso del mundo real y preguntarnos si este forma parte del o los casos genéricos regulados por la norma.

4.1.2. Interpretación en sentido estricto y construcción jurídica

En cuanto a la ambigüedad entre interpretación en sentido estricto y construcción jurídica, el asunto es un poco más complejo. Por un lado, me parece que en este caso Guastini efectivamente reserva el término «interpretación» únicamente para aquellos casos de interpretación en sentido estricto, estableciendo una distinción nítida y tajante entre esta y los fenómenos de construcción jurídica. Sin embargo, por el otro, estimo que Guastini no yerra al hacerlo, sino que lo hace al presentar como ambigüedad fenómenos que deben ser diferenciados para un mejor entendimiento teórico y práctico de la interpretación en el ámbito del derecho.

Como punto de partida, destaco que la decisión de Guastini de reservar el concepto de interpretación solo para las operaciones de atribución de significado a textos normativos muestra una intención clara de excluir aquellas que considera de construcción jurídica, marcando una distinción nítida entre ambas cuestiones. Al mismo tiempo, Guastini parece dejar fuera del ámbito del control racional (tanto deductivo como no deductivo) las operaciones de construcción jurídica.⁷

No obstante lo anterior, comparto —a diferencia de Lifante Vidal— la necesidad de distinguir conceptualmente entre interpretación en sentido estricto y construcción jurídica. Guastini no yerra, en mi opinión, en distinguir nítidamente entre las operaciones de interpretación y construcción jurídica, sino en presentarlas como *ambigüedades* del término «interpretación» en el ámbito del derecho. Esto se debe a que, por un lado, las operaciones de construcción jurídica son, en su mayoría, casos claros de no-aplicación del concepto genérico de interpretación jurídica como atribución de sentido a un texto normativo. Por otro lado, porque creo que muy pocos juristas estarían dispuestos a calificar actividades, como la resolución de antinomias o la ponderación de principios, como actividades propiamente interpretativas⁸, por sus pocas similitudes desde el punto de vista lógico respecto del proceso de atribución de significado a un texto normativo.

Ahora bien, esto no quiere decir que una teoría de la interpretación jurídica no tenga nada que decir sobre las operaciones relativas a la construcción jurídica. Estas actividades deberán ser consideradas como parte del objeto de una teoría de la interpretación del derecho en tanto son actividades relacionadas con el fenómeno interpretativo. En este sentido, las actividades de construcción jurídica pueden anteceder y/o suceder a las actividades interpretativas en sentido estricto, influyendo en el proceso de atribución de significado. Baste para ello mencionar las relaciones existentes entre antinomias e interpretación en sentido estricto que destaca Guastini: la

7 Me resulta complejo enumerar cuáles son los límites que Guastini reconoce y/o establece para las actividades de construcción jurídica (como contrapartida de los que establece para la interpretación propiamente tal y que sostienen el carácter moderado de su escepticismo).

8 Salvo la idea de «interpretación del derecho» que presenta Lifante Vidal. No obstante, creo que esta noción se utiliza en un sentido figurado y distinto al de construcción jurídica que utiliza Guastini, ya que en la primera los juristas no interpretan literalmente el derecho (como parece sugerir la literalidad), sino que se dedican a labores de reconstrucción o sistematización de un grupo de normas contenidas en él, lo que incluye tanto operaciones de interpretación en sentido estricto como de construcción jurídica.

interpretación puede no solo identificar antinomias, sino evitarlas e incluso producirlas (2014: 121 y ss.). Lo mismo ocurre en otros casos, como las relaciones entre normas implícitas e interpretación (2014: 165 y ss.) y en la combinación de fenómenos de antinomias con jerarquías normativas de diverso tipo (2014: 124 y ss.). Esta es precisamente la razón por la que Guastini se refiere a este conjunto de operaciones en su obra, dedicando largos capítulos a su análisis.

En este punto resulta interesante plantear la discusión en torno a la vaguedad de la noción de interpretación jurídica, más que como un problema de ambigüedad. En efecto, si optamos por definir la interpretación como la atribución de significado a un texto normativo, es claro que las operaciones de construcción jurídica deben quedar excluidas de la noción de interpretación jurídica en sentido estricto. Sin embargo, como concepto vago, creo que merece la pena hacer una distinción: (1) casos que claramente consisten en interpretación jurídica, como la atribución de significado a un texto normativo a través de interpretación decisoria estándar; (2) casos que claramente quedan fuera de la idea de interpretación jurídica, como la resolución de antinomias o la ponderación de principios; y (3) casos dudosos de aplicación, como ocurriría, a mi parecer, con la identificación/elaboración de normas no expresadas a través de la interpretación creadora.

Estimo que la distinción entre los procesos y resultados relativos a (1) y (2), con conceptos diferenciados —como interpretación y construcción jurídica—, está completamente justificada. Del caso (3), esto es, de la elaboración de normas no expresadas a través de la interpretación creadora, me ocuparé en el siguiente subapartado.

Para terminar con estas ideas, quisiera realizar algunas notas sobre la utilidad de las distinciones guastinianas para referirnos a las distintas operaciones que realizan los agentes en el ámbito de la interpretación del derecho. Los teóricos requieren conceptos para hacerse cargo de la complejidad de los fenómenos que pretenden estudiar, particularmente en el caso de las ciencias sociales, cuyo objeto se caracteriza por ser escurridizo y dinámico. A raíz de esta necesidad, las distinciones deben ser analizadas no solo por cuánto nos hacen perder (por ejemplo, por el riesgo de funcionar

como paralogismos), sino en cuanto a su utilidad explicativa: porque nos permiten darnos cuenta y analizar bajo prismas diversos actividades que son lógicamente distinguibles.

En efecto, se ha destacado que «como agentes discursivos [...] contamos con ciertos recursos, en especial información, tiempo y capacidad de procesamiento, de los que disponemos en un grado mayor o menor, aunque siempre limitado» (Vega, 2008: 637). Estos límites hacen que, en ocasiones, confiemos en «polarizaciones y oposiciones para introducir cierto orden en la conceptualización del mundo o para aprovecharnos de la eficacia y la economía discursiva [...] aunque a veces nos confundan las falsas contraposiciones o se nos vaya la mano en categorizaciones de falsos opuestos» (Vega, 2008: 637).

En consecuencia, aun cuando una distinción pueda llevar a un paralogismo por falsa oposición, su existencia puede ser justificada si su utilidad resulta, como reconoce Lifante Vidal, «difícilmente exagerable». Esto es lo que ocurre con las distinciones guastinianas: pueden resultar perfectibles en muchas de sus aristas, pero nos permiten analizar bajo parámetros diversos distintas actividades que los intérpretes realizan muchas veces de forma automática o inconsciente.

4.2. Carácter sobre e infraincluyente de la interpretación jurídica

Para Lifante Vidal, el aparatage conceptual guastiniano se basa en una serie de decisiones que, por un lado, dejan fuera del ámbito de la interpretación jurídica muchas actividades a las que los propios juristas se refieren con ese nombre, pero, por otro lado, incluyen bajo el mismo rótulo actividades de simple comprensión de un texto en ausencia de duda o controversia. Respecto de esta crítica, vale la pena realizar algunos comentarios en relación con la distinción entre interpretación cognitiva, decisoria y creativa.⁹

Este análisis resulta interesante porque las críticas que Lifante Vidal dirige a esta distinción son las que luego utiliza para fundamentar la inviabilidad del escepticismo moderado guastiniano. En efecto, la autora sostiene que

⁹ Lifante Vidal sostiene que Guastini también dejaría fuera de la noción de interpretación jurídica la interpretación de la costumbre. Sin embargo, por los límites del presente trabajo, no me centraré en este interesante punto.

la imposibilidad de identificar *ex ante* cuáles son los significados atribuidos o atribuibles a una disposición normativa mediante interpretación cognitiva impide establecer con precisión los límites que sostendrían el carácter moderado de la tesis guastiniana. Al respecto, Lifante Vidal concluye que «solo una caracterización de la interpretación como actividad argumentativa inserta en una práctica en la que operan criterios evaluativos de corrección puede romperse esa circularidad que amenaza la tesis de la existencia de límites de la actividad interpretativa» (2018: 109-110).

Partamos por la interpretación cognitiva. Lifante Vidal sostiene que, en este sentido, el concepto de interpretación sería sobreincluyente, ya que nadie diría que la referencia a las interpretaciones realizadas por otros sea una actividad «propiamente interpretativa». Estimo que la crítica en este punto resulta injustificada.

Nadie diría que una definición lexicográfica, cuyo objetivo es similar o análogo a la interpretación cognitiva, no sea propiamente una definición por no tomar partido por uno de los significados que expone de manera descriptiva. De hecho, la definición lexicográfica es aquella que normalmente las personas tienen en mente cuando hablan de definición en el lenguaje ordinario. Por otro lado, en el lenguaje común de los juristas teóricos, interpretar significa frecuentemente entregar un listado de las posibles interpretaciones de un concepto o institución jurídica (esto es lo que hacen los teóricos del proceso civil, los teóricos del acto jurídico, etc.). Parece que, en este caso, Lifante Vidal está pensando sobre todo en la interpretación judicial, característicamente decisoria, y no en el resto de los intérpretes en el derecho.

Ahora bien, esto nos lleva a preguntarnos por la finalidad de la interpretación cognitiva. Si reducimos el rol de la interpretación cognitiva a una cuestión meramente descriptiva, parece ser que tal actividad carece de utilidad en el ámbito jurídico. Sin embargo, esta actividad tiene una gran utilidad práctica destinada al proceso interpretativo desde tres perspectivas diversas: destacar la ambigüedad de las formulaciones normativas, así como la vaguedad de las normas, facilitando el conocimiento de los textos legislativos (importancia teórica) (Guastini, 2013: 131); constituye un presupuesto lógico para la interpretación decisoria (Guastini, 2013: 131),

ya que antes de decidir atribuir un significado debemos plantearnos cuáles son los que posiblemente se podrán atribuir a tal disposición normativa. En este sentido, es de gran utilidad para el operador del derecho que requiere calificar conductas (importancia práctica); y una posible utilidad para el legislador pues permite determinar cuáles son los medios idóneos para alcanzar sus objetivos políticos (importancia de política pública) (Núñez, 2011, 178).

El asunto es que, tal y como reconoce Lifante Vidal, la interpretación cognitiva no solo tiene por objeto describir las interpretaciones decisorias-producto realizadas por otros, sino también destacar los significados *atribuibles* a una disposición normativa de acuerdo con los métodos interpretativos en uso y las teorías dogmáticas (Guastini, 2014: 46). Esto implica que el intérprete deberá, por un lado, rastrear los significados de hecho atribuidos por los intérpretes y, por otro, implicará que deba *poner en marcha* de forma «imparcial» los métodos interpretativos, teorías dogmáticas y sentidos de justicia disponibles para establecer significados atribuibles a tal disposición. Esto desmiente una de las principales críticas de Lifante Vidal: que el único criterio para discernir qué significados deben ser incorporados en la actividad cognitiva es el hecho que tal significado *haya sido atribuido* con anterioridad a esa disposición. En este sentido, no me parece que sean tan *obvio* que nadie considere esta última actividad como una propiamente interpretativa.

Ahora bien, es cierto que la forma en la que Guastini determina el marco de significados posibles de una disposición es un poco ambigua y tiene el riesgo de derivar en un desvanecimiento del carácter moderado de su teoría. Los límites a la interpretación vendrían dados por la existencia de significados previos, determinados por los métodos interpretativos en uso y las distintas teorías dogmáticas.

No me propongo, en este trabajo, salvar la distinción entre interpretación cognitiva e interpretación decisoria. Sin embargo, aún bajo la interpretación anterior, Guastini reconoce un límite adicional al marco de significados atribuidos o atribuibles, que permite rebatir la tesis según la cual *todo cabe* en materia interpretativa para Riccardo Guastini. En efecto, sostiene que las interpretaciones posibles de una disposición normalmente son finitas y fáciles de identificar por cuanto descansan (también) en la razonabilidad

de la decisión que realiza el agente (2013: 131). En este sentido, en respuesta a una crítica a esta misma distinción, Guastini sostiene que casi nadie establecería como significado posible de una disposición uno extraño e inverosímil (2013: 131) y que, en realidad, la interpretación cognitiva tampoco estaría dirigida a establecer *todos y cada uno* de los posibles significados de una disposición (2013: 131).

En cuanto al carácter infraincluyente de la tesis guastiniana, Lifante Vidal centra su crítica en la idea de *construcción jurídica*. Al respecto, ya se ha abordado de qué forma una teoría de la interpretación jurídica debería pronunciarse sobre las operaciones de construcción jurídica que consisten en, por ejemplo, resolución de antinomias o ponderación de principios. Quedó pendiente, en este punto, lo relativo a la elaboración de normas no expresadas a través de la interpretación creadora.

Respecto de lo anterior, nuevamente, no pretendo salvar la distinción entre interpretación en sentido estricto y esta particular operación de construcción jurídica.¹⁰ Sin perjuicio de ello, me parece interesante llamar la atención sobre el hecho que la elaboración de normas implícitas puede ser, en ocasiones, reconducida a operaciones de interpretación en sentido estricto, mientras que, en otras, puede serlo respecto de operaciones de construcción jurídica.

Para esto vale la pena presentar un ejemplo. Retomando el caso clásico de la prohibición de ingreso de vehículos en el parque, parece claro que la operación mediante la cual se identifica como excepción la entrada de una ambulancia en una eventual emergencia es una construcción jurídica, ya que individualiza una excepción implícita que derrota la norma general prohibitiva. Esta, claramente, es una actividad que no cabe dentro del concepto de interpretación jurídica en sentido estricto. Lo mismo ocurre con el ejemplo presentado por Damiano Canale, según el cual los caballos también tendrían el ingreso prohibido al parque porque, pese a no ser vehículos, comparten el peligro para la integridad física de las personas que fundamenta la norma (2018: 11).

¹⁰ Aunque creo que vale la pena destacar algunos intentos como el de Damiano Canale (Canale, 2018).

Sin embargo, hay otros casos en los que la elaboración de normas implícitas puede ser, en algún sentido, más cercana a la interpretación en sentido estricto que a la construcción jurídica. Damiano Canale también presenta un ejemplo interesante en relación con la entrada de patines de ruedas al mismo parque. Sostiene que, en este caso, se trataría de un enunciado interpretativo por el cual «se prohíbe a los vehículos entrar al parque» significa «se prohíbe a los patines de ruedas entrar al parque» porque comparten las características P1, P2, P3, etc. que fundamentan el peligro para la integridad física de las personas (2018: 10-11).

Como conclusión, apunto dos notas. En primer lugar, que es probable que en nuestras distinciones existan casos oscuros, como sostuve en relación con la identificación de normas implícitas respecto de las categorías de interpretación en sentido estricto y construcción jurídica. Esto se debe a la vaguedad de los conceptos teóricos que necesitamos para describir las prácticas interpretativas en el derecho. En segundo lugar, que lo anterior no obsta a la utilidad de una distinción como la presentada para efectos no solo teóricos, sino también prácticos. Si logramos identificar casos claros de interpretación en sentido estricto y casos claros de construcción jurídica, y tales casos resultan relevantes en la práctica de los juristas, entonces vale la pena distinguirlos. Con esto no solo logramos un esquema para reconstruir y evaluar tales prácticas desde el punto de vista lógico o argumentativo (permiten una mejor comprensión de qué es lo que estamos haciendo al aplicar el derecho), sino también para saber si el intérprete, consciente o inconscientemente, ha construido derecho, en lugar de haberlo (solo) interpretado.

IV. EL OBJETO DE LA TEORÍA GUASTINIANA DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA: ¿ACTIVIDAD O PRODUCTO?

Lifante Vidal recoge la idea de que la teoría de la interpretación de Guastini no tiene realmente como objeto la *actividad* interpretativa, sino el *producto* o resultado de dicha actividad: sería más bien una teoría sobre la naturaleza de los enunciados interpretativos que sobre la actividad misma

(2018: 116). Esta es una objeción a nivel metateórico: una buena teoría de la interpretación jurídica no debería concentrarse en el producto de la interpretación, sino más bien en la actividad que culmina en tal resultado.

Lifante Vidal dirige la objeción, en un primer momento, al concepto de interpretación decisoria. Al respecto, se pregunta cuál es el sentido de sostener que la naturaleza de la actividad interpretativa es decisoria, cuando en realidad lo típicamente interpretativo no es la decisión, sino la actividad previa que conduce a la elección de las diferentes opciones. Para Lifante Vidal, sostener que la actividad de interpretar consiste en decidir, parece olvidar que lo más importante es cómo se decide y qué tipo de razones se admiten para justificar tal decisión (2018: 108).

En un segundo momento, la autora esgrime esta crítica a propósito de la idea de construcción jurídica y sostiene que para dar cuenta de en qué consiste la *actividad* interpretativa, debemos entenderla como un proceso que pasa por distintas fases (como lo hace Dworkin). La primera sería bastante similar a la actividad cognitiva descrita por Guastini, mientras que la última requeriría de una toma de decisión que tenga en cuenta no solo aspectos interpretativos, sino también constructivos (2018: 113).

1. Comentarios

Estimo que, en este punto, la crítica de Lifante Vidal puede interpretarse de dos maneras:

Primera posibilidad. La crítica puede reconstruirse de la forma en la que es presentada: como una crítica metateórica dirigida a responder *cuál debe ser el objeto de la interpretación jurídica*. En este sentido, Lifante Vidal sostiene que, mientras la teoría constructivista que ella propone se concentra en la interpretación como actividad, la teoría escéptica guastiniana resulta ser más bien una teoría sobre los enunciados interpretativos (el producto de tal actividad). Esta segunda opción (concentrarse en la interpretación como resultado), en opinión de Lifante Vidal, produciría una imagen distorsionada del fenómeno interpretativo en el ámbito jurídico.

Sin embargo, presentada de esta manera, la crítica de Lifante Vidal resulta un poco injusta. De hecho, como veremos, Guastini reconoce expresamente la existencia de una ambigüedad —precisamente la única que la autora no menciona en el capítulo II— entre interpretación como actividad e interpretación como resultado (2014: 31-32), la que utiliza a lo largo de toda su obra para describir la interpretación jurídica.

Segunda posibilidad. Como un comentario dirigido no tanto a cuál debe ser el objeto de una teoría de la interpretación jurídica, sino a *cómo debe ser* la interpretación jurídica en sí misma. Esto influiría, a su vez, en la forma que los teóricos deben reconstruir la práctica interpretativa. Sin embargo, como veremos, se trata de desacuerdos ubicados en distintos niveles de análisis.

Para desarrollar estas ideas, pretendo mostrar que la teoría guastiniana efectivamente se hace cargo de la interpretación-actividad (más allá de reconocerla como una ambigüedad del término interpretación en el lenguaje de los juristas). Una vez establecido esto, me centraré en responder a la interrogante sobre cuál y de qué tipo es el desacuerdo entre Lifante Vidal y Guastini sobre este punto. Veámoslo con mayor profundidad.

1.1. Primera posibilidad

Como ya he mencionado, Guastini destaca que una de las ambigüedades del término interpretación en el lenguaje de los juristas es precisamente la que él denomina «proceso vs. producto». En este sentido, Guastini aclara que los juristas usan el término interpretación para referirse a dos cuestiones diversas: por un lado, a la interpretación-actividad (proceso mental por el cual se toma una decisión interpretativa) y, por el otro, a la interpretación-producto (resultado de la interpretación-actividad) (2014: 31-32).

Luego, en cuanto a la interpretación-actividad, Guastini enumera tres operaciones típicas en las que puede ser descompuesta: el análisis textual,¹¹ la decisión sobre el significado y la argumentación de la decisión. Según él, este proceso conseguiría dos resultados. Por un lado, establecer *prima*

11 Este, a su vez, se descompone en tres operaciones: identificar la función gramatical de los vocablos empleados en la disposición; identificar la función lógica de tales vocablos; e identificar la estructura sintáctica de la disposición (Guastini, 2014: 32).

facie qué norma o normas expresa la disposición y, por el otro, reconstruir de forma canónica tal o tales normas (2014: 32). Esto daría cuenta de que Guastini no solo estaría enfocado en el análisis del *producto* de la actividad interpretativa, sino también en el proceso por el cual se analiza el texto en cuestión, se decide sobre su significado e incluso se argumenta en favor de tal decisión.

Asimismo, muchas de las otras ambigüedades del concepto de interpretación que Guastini analiza en su obra se apoyan en la ambigüedad entre interpretación como producto e interpretación como actividad. En efecto, la distinción entre interpretación en abstracto e interpretación en concreto se centra no tanto en el tipo de enunciado interpretativo en el que desembocan, sino en la actividad misma que realiza el intérprete: si consiste en identificar el contenido de sentido expresado y/o lógicamente implícito en un texto normativo (interpretación en abstracto) o en la subsunción de un caso concreto en el ámbito de aplicación de una norma previamente identificada en abstracto (interpretación en concreto) (2014: 45-46). Estos procesos no solo derivan en enunciados interpretativos de distinto tipo, sino que requieren esfuerzos intelectuales y argumentativos diversos e incluso sucesivos por parte del intérprete.

Lo mismo ocurre con la ambigüedad entre interpretación cognitiva, decisoria y creadora, a la que precisamente se dirige esta crítica de Lifante Vidal. En este caso, la distinción se centra específicamente en el proceso o actividad que realiza el intérprete, esto es; identificar los significados posibles de una disposición (interpretación cognitiva); escoger un significado en el ámbito de los significados identificados mediante interpretación cognitiva (interpretación decisoria estándar); o atribuir un significado no comprendido entre aquellos identificables por la misma vía (interpretación creadora) (2014: 53).

Ahora bien, respecto de esta última ambigüedad, estimo que la cuestión resulta más clara si tenemos en cuenta específicamente la distinción entre interpretación decisoria estándar e interpretación creadora. Es interesante destacar que en ambos casos el enunciado interpretativo —esto es, el resultado de la interpretación— será del tipo «D significa S» (2014: 53). En consecuencia, la distinción entre ambos conceptos no podrá radicar en

el resultado de la interpretación, sino que deberá recaer en la actividad que llevó a cabo el intérprete. En otras palabras, para distinguir entre una y otra debemos preguntarnos cuál es el significado que se atribuye a una disposición determinada (si se puede identificar como parte de los significados atribuidos o atribuibles de una disposición). Para saberlo, es claro que debemos tener en cuenta *algo más* que el enunciado resultante del proceso interpretativo.

Por otro lado, esta actividad interpretativa, por medio de la cual se decide o crea un significado, considerará las tres etapas que Guastini ya había destacado: el análisis textual, la decisión sobre el significado y la argumentación de tal decisión. En este punto, parece sensato pensar que la distinción entre interpretación decisoria y creativa no solo radica en la decisión misma sobre el significado (si este se encontraba dentro del marco de significados identificados por la interpretación cognitiva), sino también en la *argumentación* de tal decisión o en la forma en la que es presentada por el intérprete.

Ocurre lo mismo cuando pretendemos distinguir entre una redefinición y una estipulación pura. No solo prestamos atención a si podemos identificar el significado como uno propio del uso común, sino a la forma en la que se presenta su definición a un auditorio y se sostiene como como útil o precisa para sus fines. El mismo Guastini presenta una analogía entre redefinición e interpretación decisoria y entre estipulación pura e interpretación creativa (2014: 48).

Idéntica situación sucede con la última ambigüedad presentada por Guastini: la que distingue entre interpretación en sentido estricto y construcción jurídica. Como muestra el autor, mientras la interpretación propiamente dicha se refiere al proceso mediante el cual se atribuye significado a un texto, la construcción jurídica incluye «una vasta serie de operaciones características de la doctrina [...]» como la creación de lagunas axiológicas, la elaboración de normas implícitas, la concretización de principios, entre otras (2014: 49). Estimo que es claro que, en este caso, la distinción se refiere a *procesos* diversos, los que son tratados en extenso en capítulos específicos de la obra de Guastini (2014: 115-221).

Ahora bien, esto no obsta que, para Guastini, resulte más conveniente concentrar el análisis en la *actividad discursiva* que en la *actividad mental* que realizan los intérpretes. Sin embargo, creo que esta actividad discursiva no se restringe únicamente a los enunciados interpretativos ni al significado adscrito al texto mediante tales enunciados (los «productos» propiamente tales de la interpretación), sino también al proceso por el que se presentan y argumentan tales decisiones. Esto queda claro desde el momento en que Guastini incluye en su obra no solo un análisis del producto de la interpretación (2014: 105-114), sino también del razonamiento jurídico (2014: 225-234) y la argumentación de las decisiones interpretativas (2014: 261-299).

En este sentido, resulta ilustrativa la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación de las decisiones. En palabras de Guastini, el «razonamiento» puede significar, indistintamente, tanto un proceso mental (por el cual se llega a una decisión: contexto de descubrimiento) como un discurso (por el cual se dan razones para sostener tal decisión: contexto de justificación) (2014: 232-233). Y este razonamiento, en el ámbito del derecho, no solo se referirá a la aplicación propiamente tal del derecho (la «justificación interna» de la decisión), sino también a razonamientos intermedios mediante los cuales jueces y juristas justifican las premisas de su razonamiento, entre ellas, la interpretación o construcción jurídica de la premisa normativa («justificación externa» de la decisión) (2014: 253-255).

A partir de lo anterior, distinguimos dos niveles en los que podemos hablar de «actividad» interpretativa desde las herramientas conceptuales guastinianas. Por un lado, el contexto de descubrimiento de la decisión interpretativa consistiría en el proceso psicológico a través del cual el intérprete llega a la decisión de escoger un determinado significado.¹² Por otro lado, el contexto de justificación de la esta se podría asimilar al discurso a través del cual el intérprete la argumenta o justifica públicamente (Guastini, 2014: 233). Este último discurso es el que constituye, en mi opinión, el objeto de la teoría de la interpretación guastiniana, que incluiría no solo una pregunta por la

12 En este caso me estoy restringiendo a la interpretación decisoria y creadora, pero también podría hablar de ambos contextos en la selección de aquellos significados atribuidos o atribuibles a una disposición. Tal ejercicio, como reconoce Lifante Vidal, implica *algo más* que una actividad interpretativa (2018: 106-107) y, por ende, también podemos hablar de decisión en alguna medida.

naturaleza de los enunciados interpretativos (la «decisión»), sino también sobre la argumentación de tal decisión, la que Guastini ya reconocía como la última de las tres operaciones típicas de la interpretación-actividad.

En consecuencia, estimo que la objeción de Lifante Vidal, que sostiene que Guastini reduce la actividad discursiva de la interpretación a los enunciados interpretativos, es un poco injusta. Esto no solo porque dé cuenta de la ambigüedad entre interpretación-actividad e interpretación-producto, sino porque a lo largo de todo su aparataje conceptual existen herramientas suficientes para sostener que tal actividad considera también el proceso por el cual el autor justifica o argumenta su decisión interpretativa. A lo único a lo que renuncia Guastini explícitamente es a concentrarse en el proceso mental por el cual se llega a tomar esa decisión, esto es, el contexto de descubrimiento de la misma por parte del intérprete. Y a establecer metacriterios de corrección que nos permitan calificar una decisión interpretativa como correcta en desmedro de las demás, como propone Lifante Vidal,¹³ lo que nos lleva a la segunda forma de reconstruir esta crítica.

1.2. Segunda posibilidad

He sostenido que Guastini enfoca su teoría en prácticamente *toda* la actividad discursiva de los intérpretes, entendida no solo como los enunciados interpretativos y significados atribuidos a las disposiciones interpretadas, sino también como el proceso discursivo involucrado en el contexto de justificación de la decisión interpretativa. El asunto es que, entonces, la discusión entre Lifante Vidal y Guastini no parece centrarse en si una teoría de la interpretación jurídica debe hacerse cargo de la interpretación como actividad en el ámbito jurídico. ¿Qué opción nos queda?

¹³ La crítica de Lifante Vidal es que parece caer en uno de los problemas que identifica en las distinciones guastinianas. Creo que, en este caso, efectivamente se podría caer en el riesgo de ontologizar la distinción entre interpretación-actividad e interpretación-producto. En tal sentido, siendo proceso y producto cuestiones intrínsecamente relacionadas, parece complejo que una teoría de la interpretación jurídica, con aspiraciones de ser comprensiva respecto del fenómeno en estudio, sostenga que se concentrará únicamente en uno de ellos —el proceso o el producto— sin tener en cuenta la fuerte relación que los une. La distinción interpretación-actividad e interpretación-producto resulta útil de entender como una ambigüedad del concepto de interpretación, pero compleja de utilizar para distinguir el objeto de una teoría de la interpretación jurídica con fines comprensivos.

Recordemos que Lifante Vidal destaca que sostener que la actividad de interpretar consiste en «decidir» obvia que lo más importante es cómo se decide y qué tipo de razones se *admiten* para justificar la elección (2018: 108).

Sin embargo, ¿razones admitidas por quién? Las razones son los «enunciados del lenguaje que se alegan públicamente para sostener o justificar una tesis o una decisión» (Guastini, 2014: 233), esto es, las premisas de un razonamiento. Estas premisas, en el ámbito de la interpretación jurídica, pueden ser de variado tipo. Los argumentos interpretativos o de construcción jurídica efectivamente usados en la cultura jurídica existente resultan innumerables, de manera que la mayoría de los teóricos y teóricas se dedican a enlistar y analizar únicamente los que consideran más comunes y frecuentes (Guastini, 2014: 261 y ss.).

Estos argumentos se vinculan con los denominados métodos o técnicas interpretativas, que serían aquellos conjuntos de reglas que permiten atribuir significado a los enunciados normativos, como la interpretación literal, la intencionalista, la de acuerdo al espíritu, etc. («directivas interpretativas de primer orden»), y las metarreglas acerca del uso de las anteriores, que pueden referirse a una jerarquía u orden interno entre las mismas («directivas interpretativas de segundo orden») (Núñez, 2017: 167).

La pregunta acerca de *cuáles razones se admiten* para justificar la elección deriva en una pregunta empírica sobre cuáles son los argumentos que una cultura jurídica determinada admite; en una pregunta acerca de la regulación jurídica de la interpretación; o, finalmente, en una cuestión ideológica sobre la pretensión de corrección de las distintas tesis interpretativas. En cuanto a lo primero (cuáles métodos, de hecho, se admiten) es una cuestión empírica que bastaría constatar mediante el análisis del discurso de los juristas en un determinado espacio/tiempo. En cuanto a lo segundo (regulación jurídica sobre la interpretación), muchos de los ordenamientos continentales no cuentan con metarreglas o reglas de segundo orden que nos digan qué criterios deben preferir los intérpretes a la hora de atribuir significado a un enunciado normativo. E incluso, aun en los ordenamientos que sí contienen este tipo de reglas, no suele existir acuerdo sobre las reglas de preferencia

entre las directivas interpretativas de segundo orden (Núñez, 2017: 167). El ordenamiento jurídico chileno es un claro ejemplo de estas extenuantes discusiones (Bascuñán, 2014).

En consecuencia, la opción que nos queda —la tercera— es que esta crítica al objeto de la teoría guastiniana de la interpretación jurídica sea (no metateórica ni relativa a la regulación jurídico-positiva, sino) ideológica sobre la interpretación jurídica.¹⁴ En este sentido, la crítica de Lifante Vidal no se centra en *cuál debe ser el objeto* de una buena teoría, sino en *cómo debe ser* la interpretación jurídica.

En consonancia con el objetivo explícito del libro,¹⁵ para Lifante Vidal no sería suficiente que Guastini incluyera —como he sostenido que lo hace— el análisis del proceso argumental que lleva a la decisión interpretativa en su teoría. Esto se debe a que lo que Lifante Vidal pretende incluir como objeto de una *buena* teoría de la interpretación jurídica es algo más que la descripción de los métodos interpretativos o argumentos que, de hecho, utilizan los juristas. El problema no es que Guastini eluda «abordar la cuestión a propósito de en qué consiste la actividad interpretativa» (Lifante Vidal, 2018: 103-104), sino que la cuestión que aborda es más restringida que la que Lifante Vidal postula que *debe ser* la interpretación en el ámbito del derecho.

Siguiendo esta línea, para Lifante Vidal, el *quid* del asunto se relaciona con su idea según la cual cualquier práctica —incluyendo la interpretación jurídica— incorpora una serie de valores que serían los que dan lugar a su aspecto normativo y que se «utilizarían como criterios para valorar la preferencia de unas soluciones sobre otras para los problemas que se planteen al seguir la práctica» (2018: 125-126). En consecuencia, lo que la autora reprocha a Guastini es que deje «fuera de su caracterización [de la interpretación jurídica] la pretensión de corrección implícita en toda actividad interpretativa» (2018: 114-115).

14 En este trabajo entiendo que la *teoría* versa sobre aquello que es y que puede ser objeto de *descripción* por parte de un individuo y la *ideología* versa sobre aquello que *debe ser* y cumple una función *normativa* que aspira a dirigir el comportamiento hacia la realización de determinados valores, cumpliendo una función de instrumento de política del derecho (Carbonell, 2017: 10-11). Obviamente esta tesis presupone una idea sobre el segregacionismo discursivo al que Lifante Vidal hace referencia.

15 «Defender una concepción constructivista o dependiente de valores de la interpretación jurídica y mostrar su superioridad frente a concepciones rivales» (Lifante Vidal, 2018: 11).

Ahora bien, evidentemente no existe problema alguno en que la crítica de Lifante Vidal en este punto sea ideológica. El problema, por el contrario, es que se presente una crítica de este tipo como si fuera una teórica o metateórica, dirigida aparentemente a cuestionar el *objeto* de la teoría de la interpretación jurídica de Guastini, cuando en realidad lo que pretende es prescribir cómo deben actuar (*ex ante*) y evaluar cómo actuaron (*ex post*) los intérpretes en el ámbito jurídico. A Lifante Vidal no le interesa (solamente) que Guastini analice el proceso argumentativo que lleva a una u otra decisión interpretativa, lo que en realidad le pide es que comparta su teoría constructivista de la interpretación jurídica, reconociendo los criterios de corrección que ella postula como los que mejor reconstruyen la práctica interpretativa en el derecho (en desmedro de otros que, desde una perspectiva teórica, Guastini analiza y cuestiona en su obra).

V. REFLEXIÓN FINAL

En el presente trabajo he pretendido cuestionar algunas críticas que Lifante Vidal dirige a la teoría escéptica guastiniana. Durante el recorrido, he intentado invitar al lector o lectora a cuestionar de qué tipo son los desacuerdos entre ambos grandes autores. Al respecto, estimo que los presentados en estas páginas tienen como objetivo responder a la pregunta sobre *cómo debe ser* la interpretación en el ámbito jurídico y cómo, a partir de ella, los teóricos son capaces de reconstruir la práctica de los intérpretes en el derecho.

En cuanto a las dos tesis presentadas por Lifante Vidal como las centrales de la teoría guastiniana de la interpretación, me atrevo a realizar dos notas conclusivas. En cuanto a la tesis del escepticismo moderado, he mantenido que si es posible la identificación de criterios para determinar *ex ante* cuáles son los significados atribuidos o atribuibles a una disposición (interpretación cognitiva), no tenemos razones para desechar el carácter moderado de la tesis guastiniana. De la posibilidad de que algunos de estos criterios (por ejemplo, las teorías dogmáticas o los sentimientos de justicia de los

intérpretes) no nos lleven a resultados unívocos o resulten fáciles de aplicar en todos los casos y respecto de todos los textos normativos, no se sigue la idea de que *todo cabe* en materia de interpretación.

Un conjunto finito de reglas interpretativas y teorías dogmáticas, sumadas al presupuesto de que ningún intérprete atribuirá (o identificará como atribuible) un sentido extraño e inverosímil a los textos normativos, permiten al intérprete (cognitivo) identificar un marco de significados más o menos estable para las disposiciones de que se trate. La existencia de estos límites impide sostener la tesis de que *todo cabe* en materia de interpretación, más allá de las imprecisiones que puedan surgir en algunos vértices del marco identificado o de su variabilidad diacrónica.

A lo largo de estas líneas, pretendí dar cuenta de que la vaguedad de los conceptos —particularmente el de interpretación jurídica bajo la conceptualización guastiniana— no excluye la utilidad de las distinciones cuando es posible identificar un conjunto de casos claros que es frecuentemente utilizado en la práctica jurídica. De esta manera, aunque no tengamos una respuesta *ex ante* a la pregunta de si la identificación de normas implícitas constituye un acto de interpretación en sentido estricto o de construcción jurídica, parece que desde una perspectiva tanto teórica como práctica es conveniente distinguir los casos de estricta atribución de sentido a un texto, de aquellos en los que resolvemos antinomias o conflictos entre principios constitucionales. Después de todo, necesitamos herramientas que, desde una perspectiva lógica, nos permitan evaluar qué y cómo lo están haciendo nuestros operadores y operadoras jurídicas en uno y en otro caso. Y descubrir si, bajo el rótulo de interpretación (cualquiera sea el «apellido» de esta: lingüística, sistemática, intencionalista), el intérprete está haciendo *algo más* que aplicar criterios o reglas interpretativas a un texto normativo: si está *construyendo* en algún sentido el mismo derecho.

La segunda nota que me gustaría realizar, en cuanto a la tesis del segregacionismo discursivo, es que concluir que los desacuerdos entre autor y autora no se dan en el nivel teórico ni metateórico resulta bastante complejo. Por un lado, Lifante Vidal presenta sus críticas al tratamiento guastiniano de las ambigüedades y al objeto de su teoría de la interpretación como dirigidas a cuestionar la forma en la que debe ser descrito el

fenómeno jurídico de la interpretación. Por otro lado, Guastini reconoce que las distinciones conceptuales presentadas en su obra son modestas y solo pretenden arrojar luz de un aspecto del fenómeno complejo de la interpretación (2013: 126). Sin embargo, basta profundizar un poco en este debate para notar que, en realidad, el problema va bastante más allá.

Este es el caso de la objeción de Lifante Vidal al objeto de la teoría de la interpretación de Riccardo Guastini. Como pretendí mostrar, tal crítica no estaba dirigida a sostener que la mejor teoría de la interpretación jurídica debe tener como objeto la actividad (justificativa) y no el resultado del proceso interpretativo, aquí los autores no parecen discordar. En efecto, en lo que realmente desacuerda Lifante Vidal es en la renuncia de Guastini a prescribir cuáles son las razones que *deben* admitirse en el ámbito jurídico para justificar las decisiones interpretativas en el derecho. Cuáles son los criterios que, frente a la inexistencia de metarreglas positivas de interpretación jurídica, deben guiar (*ex ante*) y evaluar (*ex post*) la actividad de los operadores en el derecho como *la más* (o incluso la única) *correcta* desde una perspectiva material.

Las distinciones guastinianas son herramientas de análisis conceptual que, como tales, resultan inadecuadas para resolver discusiones que trascienden a la pregunta sobre *cuál es la mejor forma de describir la práctica de los intérpretes*. Desde el momento en que decidimos abandonar el límite entre la descripción y la prescripción, llegamos a un debate de «tira y afloja» sobre distintas concepciones sobre lo que es el derecho y el rol de quienes pretenden estudiar una práctica como la que compartimos las y los juristas.

Es por estas consideraciones que mantengo la idea de que el debate teórico y el debate ideológico, al menos en el ámbito del estudio del fenómeno jurídico, deben permanecer en niveles explícitamente diversos. Esto se debe a que, de lo contrario, nos vemos obligados a «ver debajo del agua» y desarticular críticas que pueden parecer conceptuales (sobre cómo describir mejor el mundo) pero que en realidad encubren un propósito aún más profundo (sobre cómo debe ser el mundo). Que de esto último podamos concluir cuestiones relativas a *cómo* podemos describir *mejor* el mundo me parece una pregunta posterior.

BIBLIOGRAFÍA

Bascuñán, Antonio (2014). «El mito de Domat». En Atria, Fernando; Correa, Rodrigo; López, Julián; Sierra, Lucas [eds.] *Una vida en la Universidad de Chile: celebrando al profesor Antonio Bascuñán*, Santiago, Legal Publishing, pp. 263-250.

Canale, Damiano (2018). «In difesa della distinzione tra interpretazione e costruzione giuridica». En *Academia.edu*. Recuperado de https://www.academia.edu/37008750/In_difesa_della_distinzione_tra_interpretazione_e_costruzione_giuridica.

Carbonell, Flavia (2017). “Elementos para un modelo de decisión judicial correcta”. En *Revista de Estudios de la Justicia*, Número 27, pp. 1-35. Recuperado de: <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/47956>

Guastini, Riccardo (2013). «Replica». En *Rivista di Filosofia del Diritto*. Bologna, II, pp. 125-136.

Guastini, Riccardo (2014). *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Lifante Vidal, Isabel (2018). *Argumentación e interpretación jurídica. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Núñez, Álvaro (2011-2012). «Hans Kelsen: Preface. On Interpretation. Estudio introductorio». En *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. Madrid, 1, pp. 173-184. Recuperado de: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/viewFile/2170/1105>

Núñez, Álvaro (2016- 2017). «Regulación de la interpretación del Derecho». En *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. Madrid, 11, pp. 163-175. Recuperado de: <http://dx.doi.org/10.20318/eunomia.2016.3286>

Schauer, Frederick (1995). «Ashwander Revisited». En *The Supreme Court Review*. Chicago, 1995, pp. 71-98. Recuperado de: <http://www.jstor.org/stable/3109610>

Vega, Luis (2008). «Paralogismos. Una contribución de C. Vaz Ferreira al análisis de la argumentación falaz». En *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, 31, pp. 625-640. Recuperado de: <https://doi.org/10.14198/DOXA2008.31.34>